

# VU Research Portal

## De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein

Borgers, M.J.; Kooijmans, T.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2008

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., & Kooijmans, T. (2008). De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. *Delikt en Delinkwent*, 547-567.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

*M.J. Borgers & T. Kooijmans<sup>1</sup>*

## **401 De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein<sup>2</sup>**

---

**401.1** *HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, NJ 2008, 48 m.nt. M.R. Mok (Commissie/Raad)*

52. Krachtens artikel 47 EU kan aan geen enkele bepaling van het EG-Verdrag afbreuk worden gedaan door een bepaling van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Hetzelfde voorschrift is opgenomen in de eerste alinea van artikel 29 EU, dat de inleiding vormt van titel VI van laatstgenoemd Verdrag en het opschrift “Bepalingen inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken” draagt.

53. Het Hof dient erop toe te zien dat de handelingen waarvan de Raad stelt dat zij onder titel VI vallen, geen inbreuk maken op de bevoegdheden die de bepalingen van het EG-Verdrag aan de Gemeenschap toekennen (zie arresten van 12 mei 1998, Commissie/Raad, C-170/96, Jurispr. blz. I-2763, punt 16, en 13 september 2005, Commissie/Raad, reeds aangehaald, punt 39).

54. Derhalve moet worden nagegaan of de bepalingen van kaderbesluit 2005/667 inbreuk maken op de bevoegdheid die de Gemeenschap ontleent aan artikel 80, lid 2, EG voor zover zij, zoals de Commissie betoogt, op grond van die bepaling hadden kunnen worden vastgesteld.

55. Dienaangaande moet allereerst in herinnering worden geroepen dat het gemeenschappelijk vervoersbeleid tot de grondslagen van de Gemeenschap behoort, daar artikel 70 EG, gelezen in samenhang met artikel 80, lid 1, EG bepaalt dat de doelstellingen van het Verdrag wat de sector vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren betreft, door de lidstaten in het kader van een dergelijk beleid worden

1 *Hoogleraar straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk universitair hoofddocent straf(proces)recht, Universiteit van Tilburg.*

2 Citeerwijze: M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein’, *DD* 2008, 40.

nagestreefd (zie arrest van 28 november 1978, Schumalla, 97/78, Jurispr. blz. 2311, punt 4).

56. Voorts moet worden gepreciseerd dat artikel 80, lid 2, EG bepaalt dat de Raad, wat het zeevervoer betreft, kan besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, voor die vorm van vervoer passende bepalingen kunnen worden vastgesteld (zie onder meer arrest van 17 mei 1994, Corsica Ferries, C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 25) en dat de procedurevoorschriften van artikel 71 EG van toepassing zijn.

57. Zoals uit de rechtspraak van het Hof volgt, sluit artikel 80, lid 2, EG de toepassing van het Verdrag op het vervoer over zee geenszins uit, maar zegt het alleen dat de specifieke bepalingen ervan betreffende het gemeenschappelijke vervoersbeleid, die in titel V van dit Verdrag staan, op dit gebied niet van rechtswege van toepassing zullen zijn (zie onder meer arrest van 7 juni 2007, Commissie/Griekenland, C-178/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52).

58. Aangezien artikel 80, lid 2, EG niet uitdrukkelijk een grens stelt aan de aard van de specifieke gemeenschappelijke regels die de Raad overeenkomstig de procedurevoorschriften van artikel 71 EG op deze grondslag kan vaststellen, beschikt de gemeenschapswetgever krachtens deze bepaling over een ruime regelgevende bevoegdheid en is hij uit dien hoofde en naar analogie met de andere bepalingen van het EG-Verdrag inzake het gemeenschappelijk vervoersbeleid, waaronder met name artikel 71, lid 1, EG, bevoegd om “de maatregelen die de veiligheid van het vervoer kunnen verbeteren” en “alle overige dienstige bepalingen” op het gebied van het zeevervoer vast te stellen (zie in die zin, met betrekking tot het vervoer over de weg, arrest van 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad, C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punt 28).

59. Aan deze constatering dat de gemeenschapswetgever in het kader van de hem bij artikel 80, lid 2, EG toegekende bevoegdheden maatregelen kan vaststellen ter verbetering van de veiligheid van het maritieme vervoer, doet niet af dat de Raad het in casu niet opportuun heeft geacht om de bepalingen van kaderbesluit 2005/667 vast te stellen op basis van ditzelfde artikel 80, lid 2, EG. Dienaangaande volstaat namelijk de opmerking dat het bestaan van een bij artikel 80, lid 2, EG toegekende bevoegdheid niet afhankelijk is van het besluit van de wetgever om deze bevoegdheid ook daadwerkelijk uit te oefenen.

60. Aangezien de eisen inzake milieubescherming, welke bescherming een van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap is (zie inzonderheid arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad, voornoemd, punt 41), volgens artikel 6 EG „moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap”, moet deze bescherming geacht worden tevens een doelstelling van gemeenschappelijk vervoersbeleid te zijn. De gemeenschapswetgever kan dus op basis van artikel 80, lid 2, EG en ter uitoefening van de hem bij deze bepaling verleende bevoegdheden besluiten de bescherming van het milieu te bevorderen (zie naar analogie, arrest van 19 september 2002, Huber, C-336/00, Jurispr. blz. I-7699, punt 36).

61. Tot slot moet in herinnering worden geroepen dat het vaste rechtspraak is dat de keuze van de rechtsgrondslag van een gemeenschapshandeling moet berusten op

objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling (zie arrest van 11 juni 1991, Commissie/Raad, “Titaandioxide-arrest”, C-300/89, Jurispr. blz. I-2867, punt 10; arrest Huber, reeds aangehaald, punt 30, en arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad, reeds aangehaald, punt 45).

62. Wat meer in het bijzonder kaderbesluit 2005/667 betreft, volgt uit de considerans ervan dat dit besluit tot doel heeft, de veiligheid op zee te vergroten en een betere bescherming van het mariene milieu tegen verontreiniging door schepen te bieden. Zoals uit de punten 2 en 3 van de considerans ervan voortvloeit, beoogt dit besluit namelijk de wetgevingen van de lidstaten onderling aan te passen teneinde te voorkomen dat schade zoals die welke is voortgevloeid uit de schipbreuk van de olietanker Prestige, zich nogmaals voordoet.

63. Dit kaderbesluit completeert, zoals uit punt 4 van de considerans ervan en uit punt 6 van de considerans van richtlijn 2005/35 blijkt, laatstgenoemde richtlijn door middel van gedetailleerde voorschriften op strafrechtelijk gebied. Blijkens de punten 1 en 15 van de considerans en artikel 1 ervan, beoogt deze richtlijn eveneens om een hoog niveau van veiligheid en milieubescherming in het zeevervoer te bereiken. Zoals uit punt 15 van de considerans en artikel 1 ervan volgt, heeft zij tot doel de internationale normen inzake verontreiniging vanaf schepen in het gemeenschapsrecht op te nemen en sancties vast te stellen – van strafrechtelijke of administratieve aard – op overtredingen van die normen, teneinde de doeltreffendheid ervan te waarborgen.

64. Met betrekking tot de inhoud van kaderbesluit 2005/667 geldt dat dit besluit krachtens de artikelen 2, 3 en 5 ervan de verplichting voor lidstaten in het leven roept om in strafrechtelijke sancties te voorzien voor natuurlijke en rechtspersonen die een van de inbreuken bedoeld in de artikelen 4 en 5 van richtlijn 2005/35 hebben begaan, anderen ertoe hebben aangezet om deze te begaan of zich daaraan medeplichtig hebben gemaakt.

65. Dit kaderbesluit, volgens hetwelk strafrechtelijke sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn, legt bovendien in de artikelen 4 en 6 ervan de aard en de hoogte van de toe te passen strafrechtelijke sancties vast in relatie tot de schade die voornoemde inbreuken hebben toegebracht aan de kwaliteit van water, dier- en plantensoorten of personen.

66. Ofschoon de strafwetgeving evenals het strafprocesrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort (zie in die zin arresten van 11 november 1981, Casati, 203/80, Jurispr. blz. 2595, punt 27; 16 juni 1998, Lemmens, C-226/97, Jurispr. blz. I-3711, punt 19, en 13 september 2005, Commissie/Raad, voornoemd, punt 47), kan de gemeenschapswetgever niettemin, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, aan de lidstaten de verplichting opleggen om dergelijke sancties in te stellen teneinde de volledige doeltreffendheid van de door hem op dit gebied vastgestelde normen te verzekeren (zie in die zin arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad, voornoemd, punt 48).

67. In casu moet enerzijds worden geconstateerd dat de bepalingen van kaderbesluit 2005/667, evenals die van kaderbesluit 2003/80 dat centraal stond in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad, voornoemd, betrekking hebben op gedragingen die bijzonder ernstige aantastingen van het milieu kunnen veroorzaken als gevolg van, zoals in casu het geval is, de niet-inachtneming van de communautaire normen inzake maritieme veiligheid.

68. Anderzijds volgt uit de gecombineerde lezing van de punten 3, 5, 7 en 8 van de considerans van richtlijn 2005/35 en van de eerste vijf punten van de considerans van kaderbesluit 2005/667, dat de Raad strafrechtelijke sancties noodzakelijk heeft geacht om naleving van de communautaire regelgeving op het gebied van maritieme veiligheid te verzekeren.

69. Aangezien de artikelen 2, 3 en 5 van kaderbesluit 2005/667 de doeltreffendheid van de regels op het gebied van maritieme veiligheid, waarvan de niet-inachtneming ernstige gevolgen kan hebben voor het milieu, beogen te waarborgen door aan de lidstaten de verplichting op te leggen om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen, moeten deze artikelen geacht worden voornamelijk tot doel te hebben de maritieme veiligheid en de bescherming van het milieu te verbeteren en hadden zij geldig kunnen worden vastgesteld op basis van artikel 80, lid 2, EG.

70. Wat daarentegen de vaststelling van de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties betreft, moet worden geconstateerd dat dit, anders dan de Commissie stelt, niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort.

71. Hieruit volgt dat de gemeenschapswetgever bepalingen zoals de artikelen 4 en 6 van kaderbesluit 2005/667 niet kan vaststellen, voor zover deze artikelen betrekking hebben op de aard en de hoogte van de toepasselijke strafrechtelijke sancties. Bijgevolg zijn deze bepalingen niet in strijd met artikel 47 EU vastgesteld.

72. Met betrekking tot deze bepalingen moet voorts nog worden opgemerkt dat de omstandigheid dat zij verwijzen naar de artikelen 2, 3 en 5 van hetzelfde kaderbesluit, aantoonde dat deze bepalingen onlosmakelijk zijn verbonden met de bepalingen betreffende de strafrechtelijke sancties waarop zij betrekking hebben.

73. Ten aanzien van de artikelen 7 tot en met 12 van kaderbesluit 2005/667, die betrekking hebben op de rechtsmacht, de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten, de aanwijzing van contactpunten, het territoriale toepassingsgebied van dit kaderbesluit, de uitvoeringsverplichting van de lidstaten en de datum van inwerkingtreding van dit kaderbesluit, volstaat de opmerking dat ook deze artikelen onlosmakelijk verbonden zijn met in de punten 69 en 71 van dit arrest genoemde bepalingen van dit kaderbesluit, zodat het niet noodzakelijk is een uitspraak te doen over de vraag of zij onder de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever kunnen vallen.

74. Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat kaderbesluit 2005/667 inbreuk maakt op de bevoegdheden die artikel 80, lid 2, EG aan de Gemeenschap verleent, zodat het in strijd is met artikel 47 EU en voor nietigverklaring in aanmerking komt. Wegens de ondeelbaarheid ervan dient het in zijn geheel nietig te worden verklaard.

## Inleiding

1. Bijna drie jaar geleden, op 13 september 2005, heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie EG) een uitspraak gewezen die nogal wat stof heeft doen opwaaien.<sup>3</sup> In die uitspraak oordeelt het Hof dat het EG-Verdrag in sommige situaties ruimte biedt om in een richtlijn maatregelen te treffen ‘die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’ (rov. 48). De bevoegdheid tot het aldus treffen van strafrechtelijke maatregelen in de Eerste Pijler bestaat – kort gezegd – indien deze maatregelen verband houden met één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap (vgl. artikel 2 en 3 EG-Verdrag), en het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties onontbeerlijk is om die doelstelling te verwezenlijken.<sup>4</sup> Gelet op het uitgangspunt dat bepalingen van het EU-Verdrag geen afbreuk doen aan die van het EG-Verdrag (artikel 47 EU-Verdrag), mogen handelingen van de Raad binnen de Derde Pijler – waarin het gaat om de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken zoals bedoeld in artikel 29 e.v. EU-Verdrag – geen inbreuk maken op bevoegdheden van de Gemeenschap in de Eerste Pijler.<sup>5</sup> Dat houdt in dat in de gevallen waarin de Gemeenschap de bevoegdheid heeft tot het treffen van strafrechtelijke maatregelen, de Eerste Pijler als exclusieve rechtssfeer niet mag worden verlaten. Praktisch gesproken betekent dit dat de desbetreffende maatregelen moeten worden getroffen door middel van een richtlijn<sup>6</sup> en niet een kaderbesluit. De consequentie daarvan is dat de in het EG-Verdrag aangewezen wetgevingsprocedure moet worden gevolgd – veelal de co-decisieprocedure waarin besluiten ‘slechts’ met gekwalificeerde meerderheid worden genomen – en dat het Hof van Justitie EG zich in een inbreukprocedure kan uitspreken over de wijze van implementatie van de desbetreffende richtlijn alsmede in een prejudiciële procedure uitleg kan geven aan de voorschriften van die richtlijn.

3 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Jur.* 2005, p. I-7879, *AB* 2005, 435 m.nt. AdMvV, *M&R* 2005, nr. 87 m.nt. JJ, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 566-568 m.nt. B.J. Drijber, *SEW* 2006, p. 78-85 m.nt. R.H. van Ooijk & T.A.J.A. Vandamme, *NJ* 2006, 210 m.nt. M.R. Mok (Commissie/Raad).

4 Het Hof voegt daar – eveneens in rov. 48 – nog aan toe dat de gemeenschapswetgever de maatregelen noodzakelijk moet achten, maar die voorwaarde vertoont een zekere overlap met het vereiste van onontbeerlijkheid.

5 Art. 29, aanhef EU-Verdrag houdt, zakelijk weergegeven, in dat de Unie maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking vaststelt ‘onverminderd de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap’. Vgl., voor de toezichthoudende rol van het Hof van Justitie EG in dit verband, HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-170/96, *Jur.* 1998, p. I-2763, rov. 16 en het meergenoemde arrest HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, rov. 39. Zie ook rov. 53 van het hier besproken arrest van 23 oktober 2007.

6 Ook het aannemen van een verordening is niet uitgesloten.

De reden dat deze uitspraak van 13 september 2005 zoveel stof heeft doen opwaaien, heeft alles te maken met de kenmerken van het communautaire recht respectievelijk het EU-recht met betrekking tot de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Want anders dan in de Eerste Pijler, vindt in de Derde Pijler besluitvorming plaats op basis van unanimiteit, terwijl het Hof van Justitie EG een veel minder prominente rol speelt.<sup>7</sup> De aanvaarding van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein heeft dan ook geleid tot het bezwaar, zowel bij politici als sommige rechtswetenschappers, dat ‘Europa’ nu wel een al te forse greep heeft gekregen op het nationale strafrecht.<sup>8</sup> Dat heeft weer geleid tot een pittig en overigens lang niet altijd even constructief debat tussen beoefenaren van de verschillende disciplines binnen het recht over de wenselijkheid van bemoeienis van de Gemeenschap met het nationale strafrecht.<sup>9</sup> Verder kan worden geconstateerd dat, nog los van de uitkomst, de argumentatie waarmee het Hof van Justitie EG de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein heeft aangenomen, in wetenschappelijke kringen de nodige kritiek heeft ontmoet. In deze bijdrage willen wij de reeds gevoerde discussies niet overdoen.<sup>10</sup> In plaats daarvan richten wij ons aan de hand van de hierboven afge-

- 7 Vgl. onder andere F.G.H. Kristen, ‘Europees toezicht op implementatie van kaderbesluiten’, in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 51-71, en M.J. Borgers, ‘Implementing framework decisions’, *Common Market Law Review* 2007, p. 1362-1371.
- 8 Vgl. bijvoorbeeld de door de Tweede Kamer aanvaarde motie waarin de regering wordt verzocht in de Raad geen goedkeuring te geven aan voorstellen van de Commissie ‘die leiden tot verbodsbepaling van het nationale strafrecht’: *Kamerstukken II* 2005/06, 23 490, nr. 424. Zie voorts P.J.G. Kapteyn, ‘Het strafrecht en het spook van “Brussel”’, *NJB* 2006, p. 645-646, met naschrift van Y. Buruma, p. 646-647.
- 9 Sommige beoefenaren van het Europese recht hebben zich nogal kritisch uitgelaten over de reacties van strafrechtsbeoefenaren op de uitspraak van het Hof van Justitie EG. Exemplarisch is R. Barents, ‘De denationalisering van het strafrecht’, *SEW* 2006, p. 358-374. Zie ook het interview met wijlen A. Geelhoed onder de veelzeggende titel ‘Nederlandse strafrechtsbeoefening is provinciaals’, in *Justitie Magazine* oktober 2006, p. 24-27. Een poging tot duiding van de oorzaken van de scherpe tegenstelling tussen beoefenaren van het Europese recht enerzijds en die van het strafrecht anderzijds is ondernomen in de noot onder HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500 (*Pupino*).
- 10 Zie over en naar aanleiding van de uitspraak van zaak C-176/03, naast de in noot 3 genoemde annotaties, G.J.M. Corstens, ‘Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten én richtlijnen’, *NJB* 2005, p. 2357; S. Dewulf, ‘*Miraglia, Pupino en Commissie tegen Raad*, drie pijlen in dezelfde roos: het Hof van Justitie vergroot de greep van Europa op het strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 2005, p. 559-564; P.-Y. Monjal, ‘Reconnaissance d’une compétence pénale communautaire pour la CJCE’, *Recueil Dalloz* 2005, p. 3064-3067; K.M. Apps, ‘Case C-176/03, Commission v. Council: “Pillars Askew: Criminal Law EC-Style”’, *Columbia Journal of European Law* 2006, p. 625-637; M.J. Borgers, ‘Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler’, *DD* 2006, p. 76-99 (Borgers 2006a); M. Böse, ‘Die Zuständigkeit der Europäischen

→

drukte uitspraak over het kaderbesluit scheepsverontreiniging op de vraag wat nu precies de reikwijdte is van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein.<sup>11</sup>

### De aanloop naar zaak C-440/05

2. Voordat wij meer in detail ingaan op de uitleg die de Commissie heeft gegeven aan het arrest van 13 september 2005, mag niet onbenoemd blijven dat bemoeienis van Gemeenschapswege met het opleggen van sancties op het niveau van de lidstaten ter handhaving van communautaire voorschriften reeds aan de orde was vóór de invoering van de pijlerstructuur. Zo heeft het Hof van Justitie EG al in 1989 in het Griekse maïs-arrest geoordeeld dat, wanneer een communautaire regeling niet specifiek in een sanctie voor een inbreuk voorziet of daartoe naar nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen verwijst, de lidstaten op grond van hun algemene verplichting krachtens artikel 10 EG gehouden kunnen zijn om alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daarbij dienen zij erop 'toe te zien dat overtredingen van het

Gemeinschaft für das Strafrecht. Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2006', *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2006, p. 211-224; M. Heger, 'Harmonisierung des europäischen Umweltstrafrechts?', *Juristen Zeitung* 2006, p. 310-313; P. De Hert, P. Paepe & H. Griffioen, 'Europees milieustrafrechtarrest. Minder ruimte voor nationale bevoegdheden', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2006, p. 482-495; L. Krämer, 'Environment, Crime and EC Law', *Journal of Environmental Law* 2006, p. 277-288; D. Spinellis, 'Judgement of 13 September 2005 (Case C-176/03, *Commission v. Council*) annulling the Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law', *European Constitutional Law Review* 2006, p. 293-302; Ch. Tobler, 'Case C-176/03, *Commission v. Council*, judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005, nyr', *Common Market Law Review* 2006, p. 835-854; M.I. Veldt-Foglia, 'Toch strafrecht in de Eerste Pijler!', *NTER* 2006, p. 29-34; J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid', *DD* 2006, p. 637-668; S. White, 'Harmonisation of criminal law under the first pillar', *European Law Review* 2006, p. 81-92; E. Herlin-Karnell, '*Commission v. Council*: Some Reflections on Criminal Law in the First Pillar', *European Public Law* 2007, p. 69-84; E. Herlin-Karnell, 'Recent developments in the area of European criminal law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, p. 29-31. Zie voorts S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford: OUP 2006, p. 390-397, House of Lords, European Union Committee, *The Criminal Law Competence of the European Community*, 2006, HL-paper 227, en de bijdragen aan *Eucrim, the European Criminal Law Associations' Forum* 2006, issue 3-4.

- <sup>11</sup> Zie voor andere besprekingen van de uitspraak van het HvJ EG van 23 oktober 2007 in zaak C-440/04: A. Dawes & O. Lynskey, 'The Ever-Longer Arm of EC Law: The Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law', *Common Market Law Review* 2008, p. 131-158, alsmede O.F. Essens, 'Commissie versus Raad: ronde 2', *NTER* 2008, p. 91-96.



gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare, even ernstige overtredingen van het nationale recht. [De] straffen (...) moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.<sup>12</sup> Onder verwijzing naar het Griekse mais-arrest overwoog het Hof van Justitie EG in 1999 dat hetzelfde geldt wanneer een gemeenschapsregeling wel in bepaalde sancties bij overtreding voorziet, maar niet uitputtend regelt welke sancties de lidstaten kunnen opleggen.<sup>13</sup> Tegen deze achtergrond wekt het op zichzelf weinig verbazing dat het Hof van Justitie EG in het arrest van 13 september 2005 de hiervoor in de inleiding genoemde eisen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkendheid stelt aan de straffen die worden gehanteerd door de bevoegde nationale instanties. Wat deze laatste uitspraak zo bijzonder maakt, is de (expliciete) erkenning dat het ook kan gaan om *strafrechtelijke* sancties.

3. Met de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 13 september 2005 in de hand heeft de Commissie op 8 december 2005 beroep ingesteld tegen de Raad van de Europese Unie teneinde de rechtsgeldigheid van het kaderbesluit scheepsverontreiniging te doen toetsen.<sup>14</sup> De aanleiding van deze procedure kan worden gevonden in een even daarvoor gepubliceerde standpuntbepaling van de Commissie.<sup>15</sup> Hierin geeft de Commissie aan dat de voorschriften uit het kaderbesluit scheepsverontreiniging op grond van artikel 80 lid 2 EG-Verdrag tot stand hadden kunnen en moeten worden gebracht. De reden dat de Commissie zo snel een tweede zaak bij het Hof van Justitie EG aanhangig heeft gemaakt die raakt aan de afbakening van de Eerste Pijler en Derde Pijler, heeft er waarschijnlijk mee te maken dat de Commissie behoefte had aan een nadere verduidelijking van de overwegingen van het Hof van Justitie EG op de volgende twee punten.

Allereerst gaat het om de vraag in welke mate maatregelen van strafrechtelijke aard door de Gemeenschap kunnen worden getroffen gelet op de rechtsgrondslagen die het EG-Verdrag biedt voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op verschillende terreinen. In de uitspraak van 13 september 2005 heeft het Hof van Justitie EG zich op dit punt beperkt tot artikel 175 EG-Verdrag en daarbij geoordeeld dat – kort gezegd – deze bepaling voorziet in een toereikende rechtsgrondslag voor het treffen van strafrechtelijke maatregelen op

12 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965.

13 HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-186/98, *Jur.* 1999, p. I-4883.

14 Kaderbesluit 2005/667/JBZ tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging van schepen, *PbEU* 2005, L 255/164.

15 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de gevolgen van het arrest van het Hof van 13 september 2005 (C-176/03, Commissie/Raad), COM(2005) 583 def. van 23 november 2005. Zie hierover M.J. Borgers, 'Het strafrecht in de Eerste Pijler: van competentiestrijd naar competentiestrijd?', *NJB* 2006, p. 738-742 (Borgers 2006b), Peers 2006, p. 393-397, en Vervaele 2006, p. 657-661.

milieugebied. In de standpuntbepaling stelt de Commissie dat deze uitspraak zich niet beperkt tot de bescherming van het milieu en dat maatregelen van strafrechtelijke aard ook op andere terreinen mogelijk zijn. De Commissie wijst vervolgens verschillende kaderbesluiten aan die, gelet op de rechtsgrondslagen in het EG-Verdrag, zouden moeten worden vervangen door richtlijnen. Vanwege de beroepstermijn is het voor de Commissie alleen mogelijk geweest om de geldigheid van het kaderbesluit scheepsverontreiniging te doen toetsen.<sup>16</sup> In deze zaak staat de vraag centraal of regels die strekken tot harmonisatie met het oog op de strafrechtelijke bestrijding van scheepsverontreiniging onderdeel kunnen uitmaken van het gemeenschappelijk vervoersbeleid van Titel V van het EG-Verdrag. Het gaat daarbij specifiek om de rechtsgrondslag van artikel 80 lid 2 EG-Verdrag, op grond waarvan passende bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart kunnen worden getroffen.

Het tweede onderdeel waarop de Commissie helderheid beoogt te verkrijgen, betreft de betekenis van de zinsnede 'maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten'.<sup>17</sup> Het Hof van Justitie EG verschaft, zoals wij zo dadelijk nog uitwerken, in de uitspraak van 13 september 2005 niet veel duidelijkheid wat deze maatregelen kunnen of mogen behelzen. In de standpuntbepaling geeft de Commissie een ruime uitleg aan de geciteerde zinsnede. Het zou gaan om het vaststellen van de bestanddelen van strafbare feiten, de aard en de hoogte van de toepasselijke straffen en 'andere elementen die met het strafrecht verband houden'.<sup>18</sup> Duidelijk is dat de Commissie alle opties open wil houden. In de procedure over het kaderbesluit scheepsverontreiniging komt dat tot uitdrukking doordat volgens de Commissie vrijwel alle<sup>19</sup> bepalingen van dat kaderbesluit als zodanige maatregelen zijn aan te merken. Naast het aanmerken van bepaalde gedragingen als strafbare feiten gaat het daarbij onder andere om voorschriften met betrekking tot de aard van de sancties, de hoogte van de maximum vrijheidsstraffen, rechtsmacht, coördinatie van de vervolging en informatieverplichtingen tussen lidstaten.

4. In de onderhavige schets van de aanloop naar zaak C-440/05 laten wij de kwestie van de rechtsgrondslagen verder rusten.<sup>20</sup> Voor een goed begrip van het standpunt van de Commissie over de (ruime) betekenis van 'maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten' is het zinvol

<sup>16</sup> Vgl. artikel 230 lid 5 EG-Verdrag en artikel 35 lid 6 EU-Verdrag.

<sup>17</sup> HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, rov. 48.

<sup>18</sup> COM(2005) 583 def., p. 4.

<sup>19</sup> Het beroep van de Commissie raakt niet artikel 11 over de termijn van omzetting van het kaderbesluit en artikel 12 over de inwerkingtreding.

<sup>20</sup> Vgl. hierover in algemene zin nader R.H. van Ooijk, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Kluwer: Deventer 1999. Zie voorts over de discussie naar aanleiding van HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, het overzicht bij Dawes & Lynskey 2008, p. 140-144.

om iets langer stil te staan bij hetgeen hierover kan worden afgeleid uit de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 13 september 2005. Van belang is om te constateren dat in die procedure *niet* de wettigheid van de bepalingen uit het kaderbesluit milieustrafrecht met betrekking tot rechtsmacht, uitlevering en (coördinatie van) vervolging ter discussie heeft gestaan. De desbetreffende bepalingen maakten namelijk geen deel uit van het door de Commissie ingestelde beroep.<sup>21</sup> Dat het Hof van Justitie EG wel de nietigheid van het gehele kaderbesluit heeft uitgesproken, heeft van doen met de ondeelbaarheid van het kaderbesluit. De onwettigheid wordt specifiek aangenomen ter zake van de minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten – daaronder begrepen de voorschriften die zien op deelneming, uitlokking en aansprakelijkheid van rechtspersonen<sup>22</sup> – en met betrekking tot straffen, waaronder ook de strafsoort.<sup>23</sup> Aldus lijkt het Hof van Justitie EG aansluiting te zoeken bij de maatregelen zoals deze worden genoemd in artikel 31 lid 1 sub e EG-Verdrag.<sup>24</sup> Het Hof lijkt hiermee af te wijken van de conclusie van Advocaat-Generaal Ruiz-Jabaro Colomer. Zijn standpunt strekt ertoe dat de Gemeenschap alleen kan voorschrijven dat bepaalde gedragingen met strafrechtelijke sancties moeten worden bedreigd (en dus als zodanig strafbaar moeten worden gesteld), maar dat de keuze van de sanctiesoort aan de lidstaten is. Eventueel zouden de lidstaten wel in de Derde Pijler de sanctiesoort nader kunnen bepalen.

5. Het is opmerkelijk dat de Commissie in de zaak die tot de uitspraak van 13 september 2005 heeft geleid, de bepalingen uit het kaderbesluit milieustrafrecht die betrekking hebben op rechtsmacht, uitlevering en (coördinatie van) vervolging nog buiten het beroep laat, terwijl zij vrijwel terstond na deze uitspraak van mening lijkt te zijn dat dergelijke onderwerpen wel kunnen worden aangemerkt als maatregelen die binnen de Gemeenschap kunnen worden getroffen. Dat de Commissie een ruime uitleg wil geven aan ‘maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’, blijkt op drie manieren. Allereerst kan erop worden gewezen dat de Commissie in de eerder genoemde standpuntbepaling voorstelt een ruim aantal kaderbesluiten te vervangen door richtlijnen. De Commissie lijkt daarbij een *integrale* vervanging voor te staan, nu er geen melding van wordt gemaakt

21 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, rov. 18.

22 Waar in het Nederlandse strafrecht uitlokking begrepen is onder deelneming, wordt in kaderbesluiten wel een expliciet onderscheid gemaakt tussen beide figuren.

23 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, rov. 51, waarin wordt verwezen naar artikel 1-7 van het kaderbesluit milieustrafrecht.

24 Volgens art. 31 lid 1, aanhef en sub e EG-Verdrag omvat het gezamenlijk optreden inzake justitiële samenwerking in strafzaken het geleidelijk aannemen van maatregelen tot opstelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel.

dat op bepaalde onderdelen – zoals rechtsmacht et cetera – een communautaire regeling niet mogelijk is.<sup>25</sup> Ten tweede is het beroep van de Commissie tegen het kaderbesluit scheepsverontreiniging van belang. Dat richt zich, zoals hierboven reeds is aangegeven, tegen vrijwel alle bepalingen van het kaderbesluit. Ten derde kan worden gewezen op verschillende voorstellen die de Commissie in de afgelopen periode heeft gedaan voor communautaire regelgeving waarin uiteenlopende voorschriften van strafrechtelijke aard zijn opgenomen. Die voorschriften zien op het aanmerken van gedragingen als strafbare feiten, de aard van de sancties, de hoogte van de sancties, confiscatie van verkregen opbrengsten, het inzetten van gemeenschappelijke onderzoeksteams en het niet mogen aanmerken van strafbare feiten als klachtdelicten.<sup>26</sup>

De ruime uitleg die de Commissie aldus geeft aan ‘maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’ lijkt te rusten op een specifieke lezing van de overwegingen van het Hof van Justitie EG in de uitspraak van 13 september 2005. In de standpuntbepaling wordt namelijk opgemerkt:

‘Het Hof maakt geen onderscheid naar de aard van de strafmaatregelen. Zijn benadering is functioneel. De noodzaak om de Gemeenschapswetgeving te doen eerbiedigen, is de grondslag voor de mogelijkheid van de Gemeenschapswetgever om maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht.’<sup>27</sup>

Met andere woorden: in de optiek van de Commissie zijn alle maatregelen van strafrechtelijke aard toelaatbaar, mits die maatregelen noodzakelijk zijn met het oog op één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap. In lijn hiermee stelt de Commissie vast dat combinaties van richtlijnen en

25 Vgl. ook Peers 2006, p. 397. Overigens is het ook niet uitgesloten dat de Commissie op dit punt onderhandelingsruimte ten opzichte van de Raad en het Europees Parlement heeft willen creëren. In die zin Vervaele 2006, p. 660-661.

26 Het meest gevarieerd op dit punt is het gewijzigde voorstel voor een richtlijn inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM(2006) 168 def. Zie voorts het voorstel voor een gewijzigde richtlijn inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens, COM(2006) 93 def.; het voorstel voor een verordening tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer van producten en technologie voor tweërlei gebruik, COM(2006) 829 def.; het voorstel voor een richtlijn inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, COM(2007) 51 def.; het voorstel voor een richtlijn tot vaststelling van sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, COM(2007) 249 def.

27 COM(2005) 583 def., p. 3. In deze zin ook Resolutie van het Europees Parlement over de gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie van 13 september 2005 (C-176/03, Commissie/Raad), 14 juni 2006, document P6\_TA(2006)0260, punt 16.

kaderbesluiten, die voordien niet ongebruikelijk waren, niet meer nodig zijn, omdat de 'voor de doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht noodzakelijke strafrechtelijke bepalingen' op grond van het EG-Verdrag kunnen en moeten worden aangenomen.<sup>28</sup>

6. Bij de interpretatie door de Commissie van de overwegingen van het Hof van Justitie EG in de uitspraak van 13 september 2005 kunnen vraagtekens worden geplaatst. Hoewel het juist is dat het Hof naar de letter geen onderscheid maakt naar de aard van de strafmaatregelen, moet voor ogen worden gehouden dat het Hof zich uitsluitend heeft uitgesproken over de voorschriften in het kaderbesluit milieustrafrecht met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen. Dat komt ook tot uitdrukking doordat het Hof van Justitie EG de maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten toelaatbaar acht indien 'het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende *straffen* door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is'.<sup>29</sup> Zo bezien, kan niet worden gesteld dat met deze uitspraak van het Hof andersoortige maatregelen reeds zijn gelegitimeerd. Ook in de literatuur is de nodige twijfel gerezen welke maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten, toelaatbaar moeten worden geacht.<sup>30</sup>

Niet onbelangrijk is dat ook de vraag is opgeworpen in hoeverre de Gemeenschap bevoegd is om de aard van de strafrechtelijke sanctie voor te schrijven. Het Hof van Justitie EG heeft bepaald dat het voorschrift uit het kaderbesluit milieustrafrecht waarin wordt voorgeschreven dat in bepaalde gevallen gedragingen moeten worden bedreigd met 'vrijheidsstraffen waarvoor uitlevering kan plaatsvinden' (artikel 5 lid 1), valt onder artikelen die, wegens het doel en de inhoud ervan, de bescherming van het milieu als hoofddoel hebben en hadden kunnen worden vastgesteld op de grondslag van artikel 175 EG. Verhoudingsgewijs is dit artikel 5 lid 1 kaderbesluit milieustrafrecht een weinig gedetailleerd voorschrift, waarin bijvoorbeeld de in Europa inmiddels gebruikelijke bepaling van de minimale maximumduur van de vrijheidsstraf niet voorkomt. Daarmee blijkt niet klip en klaar dat het Hof van Justitie EG in de uitspraak van 13 september 2005 iedere vorm van specificatie door de Gemeenschap van de aard van de strafrechtelijke sanctie mogelijk heeft willen achten.<sup>31</sup> Tegelijkertijd betogen verschillende auteurs

<sup>28</sup> COM(2005) 583 def., p. 4.

<sup>29</sup> HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, rov. 48 (cursivering toegevoegd).

<sup>30</sup> Vgl. onder andere Spinellis 2006, p. 300-301, Veldt-Foglia 2006, p. 33, White 2006, p. 91, en het overzicht van opvattingen in House of Lords 2006, p. 20-23.

<sup>31</sup> Zie hierover Peers 2006, p. 396. Hij wijst op rov. 49 in HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, waarin het Hof benadrukt dat het kaderbesluit milieustrafrecht de keuze van de strafrechtelijke sancties tot op zekere hoogte aan de lidstaten laat. Vgl. voorts Barents 2006, p. 371, Tobler 2006, p. 847, en Mok in zijn noot onder HvJ EG 23 oktober 2007, *NJ* 2008, 48, onder 1. Enigszins anders: Mok in zijn noot onder HvJ EG 13 september 2005, *NJ* 2006, 210,

→

dat het in de lijn van deze uitspraak ligt om een specificatie van de aard van de strafrechtelijke sanctie mogelijk te achten indien dat noodzakelijk moet worden geacht met het oog op de handhaving van het Gemeenschapsrecht.<sup>32</sup> Op grond van eenzelfde argumentatie worden ook andersoortige maatregelen – met betrekking tot rechtsmacht<sup>33</sup> en het vervolgingsbeleid<sup>34</sup> – mogelijk geacht. Kortom: ook in de literatuur bestaat de nodige twijfel over de reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein.

Bij deze stand van zaken mag duidelijk zijn dat reikhalzend is uitgezien naar de nadere verduidelijking van de reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein in de door de Commissie ahangig gemaakte zaak over het kaderbesluit scheepsverontreiniging.

### **De conclusie van de Advocaat-Generaal en de beslissing van het Hof van Justitie EG**

7. De uitspraak van het Hof van Justitie EG gaat gepaard met een uitvoerige en interessante conclusie van Advocaat-Generaal Mazák (hierna: de A-G). Om de uitspraak van het Hof op haar merites te kunnen beoordelen, is het zinvol om deze te bezien in het licht van de conclusie van de A-G.<sup>35</sup> Om die reden gaan wij in op diens belangrijkste overwegingen en bespreken in samenhang daarmee de overwegingen en de beslissing van het Hof van Justitie EG.

In de eerste plaats gaat de A-G in op de vraag of de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein zoals die is aanvaard in het arrest van het Hof van Justitie EG van 13 september 2005, slechts betrekking heeft op de communautaire doelstelling van milieubescherming, of dat deze daartoe niet *a priori* is beperkt.<sup>36</sup> De A-G stelt zich op het standpunt dat, hoewel de omstandigheid dat in het arrest van 13 september 2005 veelvuldig naar de bescherming van het milieu en de plaats daarvan in het EG-Verdrag wordt verwezen in die zin kan worden opgevat dat het Hof van Justitie EG uitsluitend het specifieke terrein van het milieu op het oog had, daaruit niet

waarin hij de overwegingen van het Hof aldus opvat dat het voorschrijven van vrijheids- of taakstraffen mogelijk is. Wel verzet hij zich tegen het voorschrijven van gedetailleerde sancties tegen rechtspersonen.

<sup>32</sup> Barents 2006, p. 371, Peers 2006, p. 396, en Tobler 2006, p. 849. Dit noodzakelijkheids criterium komt tot uitdrukking in het slot van rov. 48 in HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03.

<sup>33</sup> Barents 2006, p. 371, en Peers 2006, 397. Anders: Veldt-Foglia 2006, p. 31.

<sup>34</sup> Barents 2006, p. 371. Vgl. ook R. Ortley & R.J.G.M. Widdershoven, 'Europa en de strafrechtelijke handhaving van milieurecht', Ch.W. Backes e.a. (red.), *Lex Dura Sed Lex*, Deventer: Kluwer 2005, p. 174. Anders: Veldt-Foglia 2006, p. 31.

<sup>35</sup> Gelet op de omvang is de conclusie hierboven niet afgedrukt.

<sup>36</sup> Punt 91-99 van de conclusie.

dwingend volgt dat de bevoegdheid om te voorzien in strafrechtelijke maatregelen beperkt is tot de bescherming van het milieu. Niettegenstaande het gegeven dat de bescherming van het milieu mondiaal van vitaal belang is, is milieubescherming – zoals ook uit de in artikelen 2 en 3 EG-Verdrag genoemde doelstellingen en activiteiten blijkt – niet het enige wezenlijke doel of beleidsterrein van de Gemeenschap. Nu het strafrecht fungeert ‘als barometer van het belang dat een samenleving hecht aan een juridische waarde of een rechtsgoed’, zou een exclusieve koppeling van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein aan de milieubescherming geen recht doen aan de aard – of, in termen van de A-G, de *identiteit* – van de Gemeenschap. Een ander belangrijk argument dat de A-G naar voren haalt, betreft de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. Die doeltreffendheid ligt ten grondslag aan de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. Nu het hier gaat om een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, ligt het ook om die reden niet voor de hand om een exclusieve koppeling aan te brengen.

Ten aanzien van dit eerste punt vat het Hof van Justitie EG zijn hiervoor onder 1 weergegeven rechtspraak samen waarin, kort gezegd, is bepaald dat in de gevallen waarin de Gemeenschap de bevoegdheid heeft tot het treffen van strafrechtelijke maatregelen, de Eerste Pijler als exclusieve rechtssfeer niet mag worden verlaten.<sup>37</sup> Vervolgens overweegt het Hof van Justitie EG nog tamelijk algemeen dat het gemeenschappelijk vervoersbeleid tot ‘de grondslagen van de Gemeenschap’ behoort. Daarbij maakt het Hof van Justitie EG aan de hand van artikel 6 EG-Verdrag een koppeling tussen milieubescherming enerzijds en het gemeenschappelijk vervoersbeleid anderzijds.<sup>38</sup> Milieubescherming moet geacht worden tevens een doelstelling van het gemeenschappelijk vervoersbeleid te zijn. Aldus redenerend, stelt het Hof van Justitie EG met zoveel woorden vast dat het terrein dat wordt bestreken door het kaderbesluit scheepsverontreiniging binnen de exclusieve rechtssfeer van de Eerste Pijler valt. Anders dan de A-G stelt het Hof van Justitie EG daarbij niet expressis verbis vast dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein niet exclusief is verbonden aan de bescherming van het milieu en dus dat die bevoegdheid in beginsel betrekking heeft op de verschillende in het EG-Verdrag genoemde beleids-terreinen.<sup>39</sup> In zeker opzicht zijn de overwegingen van het Hof verwarrend juist doordat in rov. 60 expliciet een koppeling wordt gelegd met de bescherming van het milieu. Het Hof van Justitie EG bedoelt echter naar onze mening hier niet te zeggen dat de bevoegdheid van de Gemeenschap tot

37 Rov. 52-60.

38 Art. 6 EG-Verdrag: ‘De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap, als bedoeld in artikel 3, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.’

39 Kritiek op de onduidelijke argumentatie van het HvJ EG treft men ook aan bij Dawes & Lynskey 2008, p. 143-144. Vgl. voorts Essens 2008, p. 93-94.

strafrechtelijk ingrijpen eerst in beeld komt indien het desbetreffende beleidsterrein mede wordt ingekleurd door eisen van milieubescherming. Deze tournure lijkt slechts te zijn bedoeld om te kunnen vaststellen dat maatregelen ter bestrijding van scheepsverontreiniging kunnen worden getroffen op de grondslag van artikel 80 lid 2 EG-Verdrag, dat ziet op het gemeenschappelijk vervoersbeleid.<sup>40</sup> Hoewel milieubescherming en vervoersbeleid op het eerste oog weinig met elkaar van doen lijken te hebben, wil het Hof van Justitie EG juist tot uitdrukking brengen dat deze beleidsterreinen, vanwege artikel 6 EG-Verdrag, nauw met elkaar verbonden zijn.<sup>41</sup> Aldus bezien, ligt de uitspraak van het Hof van Justitie EG in lijn met het betoog van zijn A-G. Dat brengt met zich dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein zich dus kan uitstrekken tot alle wezenlijke in het EG-Verdrag genoemde beleidsterreinen.

8. Vervolgens komt de vraag aan de orde naar de concrete omvang van de bevoegdheid tot het vaststellen van maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten.<sup>42</sup> Evenals A-G Ruiz-Jarabo Colomer in diens conclusie bij het arrest van 13 september 2005, is A-G Mázak van oordeel dat de gemeenschapswetgever de lidstaten kan verplichten strafrechtelijke sancties op te leggen, en kan voorschrijven dat deze sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, maar niet bevoegd is de op te leggen straffen te preciseren. Deze opvatting berust op een heldere opvatting die in essentie verband houdt met een afbakening van bevoegdheden tussen Gemeenschap en de lidstaten. De A-G merkt hierover op:

‘We moeten voor ogen houden dat het in casu niet gaat om de eventuele bevoegdheid van de Gemeenschap om zelf strafrechtelijke sancties op te leggen, maar om de bevoegdheid om van de lidstaten te eisen dat zij *binnen de grenzen van hun respectieve strafstelsels* bepaalde handelingen als strafbare feiten aanmerken, als instrument om de communautaire rechtsorde te handhaven. Het is derhalve duidelijk dat dit vragen opwerpt over niet alleen de innerlijke samenhang van het strafrecht van de Unie (...), maar ook de samenhang van elk nationaal strafstelsel.’

In dit verband speelt niet alleen een rol dat binnen de lidstaten uiteenlopende opvattingen bestaan over de positie die het strafrecht inneemt als handhavingsinstrument. Gemeenschappelijke voorschriften over de aard en de hoogte van de op te leggen straffen hebben, zo onderstreept de A-G, invloed op de innerlijke consistentie van de strafrechtstelsels van de lidstaten. Dat

<sup>40</sup> Art. 80 lid 2 EG-Verdrag wordt aangehaald als rechtsgrondslag in de considerans van Richtlijn 2005/35/EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, *PbEU* 2005, L 255/11.

<sup>41</sup> Zie ook punt 126-129 van de conclusie.

<sup>42</sup> Punt 100-113 van de conclusie.



hangt ermee samen dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein 'slechts' op specifieke – de in het EG-Verdrag genoemde – beleidsterreinen bestaat en dat daardoor nooit meer dan een gedeeltelijke harmonisatie van de nationale strafwetgevingen kan worden bewerkstelligd. Dat kan op nationaal niveau leiden tot fragmentatie doordat verschillen bestaan of ontstaan tussen de geharmoniseerde en de nationaal bepaalde onderdelen van de strafwetgeving. Met een beroep op het subsidiariteitsbeginsel is de A-G dan ook van mening dat de lidstaten zelf het beste kunnen beoordelen op welke wijze de voorgeschreven (doeltreffende, evenredige en afschrikkende) strafrechtelijke sancties vorm moeten krijgen in het nationale recht. De A-G ziet op dit punt geen beletsel in het feit dat het Hof van Justitie EG in de uitspraak van 13 september 2005 heeft bepaald dat het voorschrift uit het kaderbesluit milieustrafrecht waarin wordt voorgeschreven dat in bepaalde gevallen gedragingen moeten worden bedreigd met 'vrijheidsstraffen waarvoor uitlevering kan plaatsvinden' (artikel 5 lid 1) valt onder de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. Die vaststelling zou niet hebben berust op een specifiek onderzoek door het Hof naar geldigheid van het desbetreffende voorschrift.

Tegen deze achtergrond komt de A-G tot de slotsom dat het kaderbesluit scheepsverontreiniging weliswaar – vanwege de ondeelbaarheid ervan – in het geheel nietig moet worden verklaard, maar dat de grondslag daarvoor uitsluitend is gelegen in de bepalingen van het kaderbesluit die betrekking hebben op de bestanddelen van de strafbare feiten en die voorschrijven dat die feiten moet worden bedreigd met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties.<sup>43</sup> Het Hof van Justitie EG komt tot eenzelfde uitkomst, maar of het Hof ook de onderliggende argumentatie van zijn A-G onderschrijft, laat zich niet vaststellen. Het Hof van Justitie EG stelt allereerst vast dat de voorschriften waarin de strafbare gedragingen worden aangeduid, en de daarmee samenhangende voorschriften die zien op de strafbaarheid van medeplichtigheid en uitlokking alsmede de aansprakelijkheid van rechtspersonen, vallen onder de bevoegdheid van de Gemeenschap en derhalve niet met een kaderbesluit mogen worden vastgesteld. Dit ligt anders met betrekking tot de voorschriften die betrekking hebben op de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties. Hierover overweegt het Hof van Justitie EG kort en bondig:

'Wat daarentegen de vaststelling van de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties betreft, moet worden geconstateerd dat dit, anders dan de Commissie stelt, niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort.'

43 Punt 130-139 van de conclusie. De – in de ogen van de A-G – gewraakte bepalingen betreffen art. 2, 3 en 5, alsmede onderdelen van art. 4 lid 1 en art. 6 lid 1 van het kaderbesluit scheepsverontreiniging.

Ten aanzien van de overige bepalingen van het kaderbesluit, die zien op onder andere rechtsmacht, informatie-uitwisseling en de aanwijzing van contactpunten, onthoudt het Hof van Justitie EG zich van een beoordeling. Omdat deze bepalingen – evenals de voorschriften met betrekking tot de aard en de hoogte van de sancties – onlosmakelijk zijn verbonden met de voorschriften die in strijd met de bevoegdheid van de Gemeenschap in het kaderbesluit zijn neergelegd, verklaart het Hof van Justitie EG het kaderbesluit scheepsverontreiniging in het geheel nietig.<sup>44</sup>

9. Alvorens het oordeel van het Hof van Justitie EG van commentaar te voorzien, mag een onderdeel van de conclusie van de A-G niet onopgemerkt blijven.<sup>45</sup> In dit onderdeel worden ‘bepaalde conceptuele gebreken’ met betrekking tot de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein aangeduid. Die bevoegdheid bestaat, zoals in de uitspraak van 13 september 2005 is uitgemaakt, indien ‘(...) het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is’ teneinde de desbetreffende gemeenschapsdoelstelling te bereiken. Daarnaast moet de gemeenschapswetgever de betreffende maatregelen ‘(...) noodzakelijk [achten] om de volledige doeltreffendheid’ van de met het oog op die doelstelling vastgestelde normen te verzekeren. In deze twee, sterk overlappende vereisten staat de doeltreffendheid van de getroffen maatregelen centraal. De A-G brengt in zijn conclusie enkele bedenkingen naar voren die ertoe strekken dat het lastig is om te bepalen of het voorschrijven van strafrechtelijke sancties noodzakelijk is voor de handhaving van het gemeenschapsrecht. Zo wijst hij erop dat in de criminologie nog immer discussie bestaat over de vraag in welke gevallen en op welke terreinen de toepassing van strafrechtelijke sancties de meeste geschikte handhavingswijze is. Weliswaar erkent de A-G dat het Hof van Justitie EG de vaststelling van die noodzakelijkheid vooral over laat aan de gemeenschapswetgever,<sup>46</sup> maar dat neemt niet weg dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein in de kern op een subjectieve beoordeling van de noodzakelijkheid rust.

Een ander conceptueel probleem dat de A-G ziet, betreft het gegeven dat de bevoegdheid van de Gemeenschap om strafrechtelijke maatregelen te treffen, accessoir is aan de bevoegdheid van de Gemeenschap om op een bepaald terrein op te treden. Nu er verschillende wetgevingsprocedures gelden met betrekking tot de diverse rechtsgrondslagen in het EG-

44 Inmiddels heeft de Commissie een voorstel gedaan voor een aanpassing van de bestaande richtlijn inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, waarin wordt volstaan met de verplichting om bepaalde gedragingen te bedreigen met strafrechtelijke sancties, zonder dat die sancties nader zijn gespecificeerd. Zie COM(2008) 134 def.

45 Punt 114-122 van de conclusie.

46 Tot meer dan een marginale toetsing lijkt het Hof van Justitie EG ook niet bereid te zijn. Vgl. Borgers 2006a, p. 92-93.

Verdrag, ontbreekt daardoor een uniforme procedure voor het vaststellen van strafrechtelijke maatregelen. Het ontbreken van een specifieke rechtsgrondslag in relatie tot de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht beschouwt de A-G in dat opzicht als een gemis. Daarbij laat de A-G twijfel doorklinken of het ook wenselijk is dat de Gemeenschap langs die weg een beleid zou nastreven waarin het gaat om méér dan het voorschrijven van strafrechtelijke sancties. Kennelijk heeft de A-G hierbij het oog op het, hiervoor (onder 8) reeds aangestipte, belang van de innerlijke samenhang van de strafrechtelijke stelsels van de lidstaten.

### Commentaar

10. Een eerste vraag die naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie EG over het kaderbesluit scheepsverontreiniging rijst, betreft de vraag of het Hof de duidelijkheid heeft verschaft die de Commissie beoogde te verkrijgen. Of anders gezegd: in hoeverre heeft het Hof van Justitie EG nu eigenlijk een nadere invulling gegeven aan de zinsnede ‘maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’? Buiten discussie staat dat het Hof van Justitie onder deze maatregelen in ieder geval begrijpt het voorschrijven van de gedragingen die strafbaar moeten worden gesteld. Ook is duidelijk dat daarbij niet de op te leggen strafrechtelijke sancties mogen worden gespecificeerd door de aard en de hoogte van die sancties voor te schrijven. Voor het overige brengt het Hof van Justitie EG geen nadere afbakening aan in de reikwijdte van de ‘maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’. Een andere interpretatie van de uitspraak treft men aan bij Mok, die ervan uitgaat dat ook de voorschriften in de artikelen 7 tot en met 12 van het kaderbesluit scheepsverontreiniging, die betrekking hebben op onder andere rechtsmacht, informatie-uitwisseling en de aanwijzing van contactpunten, vallen onder de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein.<sup>47</sup> Deze interpretatie berust naar onze mening op een onjuiste lezing van de uitspraak. In rov. 73 stelt het Hof van Justitie EG dat het ‘niet noodzakelijk is om een uitspraak te doen over de vraag of zij [artikelen 7-12; MJB/TK] onder de bevoegdheid van de gemeenschapsgever kunnen vallen.’ De zinsnede dat deze artikelen onlosmakelijk zijn verbonden met de bepalingen in het kaderbesluit die wél onder communautaire competentie vallen, strekt er alleen toe om een nietigverklaring van het gehele kaderbesluit mogelijk te maken. Dat blijkt ook uit het feit dat dezelfde onlosmakelijke verbondenheid door het Hof eveneens tot uitdrukking wordt gebracht met betrekking tot de voorschriften van de artikelen 4 en 6 van het kaderbesluit, waarvan is vastgesteld dat deze voorschriften, voor zo-

<sup>47</sup> Zie zijn noot onder HvJ EG 23 oktober 2007, *NJ* 2008, 48, onder 2 (derde alinea).

ver deze betrekking hebben op de aard en de hoogte van de strafrechtelijke sancties, uitdrukkelijk niet onder de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein vallen. Al met al kan dan ook worden vastgesteld dat het Hof van Justitie EG op dit punt slechts in beperkte mate de duidelijkheid heeft verschaft die de Commissie beoogde te verkrijgen.

II. Het Hof van Justitie lijkt zelfs iets gas terug te hebben genomen ten opzichte van de uitspraak van 13 september 2005 voor zover het gaat om de reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. Hiervoor is reeds aangestipt dat het Hof van Justitie EG in de laatstgenoemde uitspraak heeft vastgesteld dat het voorschrift uit het kaderbesluit milieustrafrecht waarin onder andere wordt voorgeschreven dat in bepaalde gevallen gedragingen moeten worden bedreigd met ‘vrijheidsstraffen waarvoor uitlevering kan plaatsvinden’ onder de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein valt. Men kan met A-G Mazák veronderstellen dat die vaststelling niet zou hebben berust op een specifiek onderzoek door het Hof naar de geldigheid van dat voorschrift,<sup>48</sup> maar lezing van de uitspraak van 13 september 2005 dwingt daar niet zonder meer toe. Het Hof van Justitie EG overweegt in rov. 49 van die uitspraak dat de voorschriften van het kaderbesluit milieustrafrecht ‘aan de lidstaten de keuze van de toepasselijke strafrechtelijke sancties laten, welke evenwel in overeenstemming met het bepaalde in artikel 5, lid 1, van dit besluit doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn’. Ook al verwijst het Hof van Justitie EG hier kennelijk alleen naar artikel 5 lid 1 kaderbesluit milieustrafrecht voor zover daarin de verplichting is opgenomen dat de lidstaten moeten voorzien in doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties, het zal het Hof toch niet zijn ontgaan dat in dezelfde bepaling ook meer specifiek wordt voorgeschreven dat die sancties in ernstige gevallen vrijheidsstraffen moeten omvatten. Wanneer het Hof van Justitie EG een dergelijke specificatie ten tijde van de uitspraak van 13 september 2005 ook al problematisch zou hebben geacht, had het voor de hand gelegen dat het zulks tot uitdrukking zou hebben gebracht. Vervolgens wordt in rov. 51 nog eens gesteld dat ‘de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit’ – dus ook artikel 5 lid 1 – ‘wegens het doel en de inhoud ervan, de bescherming van het milieu als hoofddoel hebben en hadden kunnen worden vastgesteld op de grondslag van artikel 175 EG.’ Dat wekt minst genomen de indruk dat een zekere mate van het voorschrijven van de aard en hoogte van de strafrechtelijke sancties zou zijn toegelaten voor zover dat noodzakelijk moet worden geacht met het oog op de handhaving van het Gemeenschapsrecht. Daarmee ontstaat het beeld dat in de uitspraak van 23 oktober 2007 wel degelijk een zekere koerswijziging heeft plaatsgevonden.

48 In die zin Dawes & Lynskey 2008, p. 139, en Essens 2008, p. 94.

12. Ook in een ander opzicht kan worden betoogd dat het Hof van Justitie EG een andere koers is gaan varen. Er wordt vrij algemeen van uitgegaan dat het Hof in de uitspraak van 13 september 2005 heeft willen anticiperen op de Grondwet voor Europa.<sup>49</sup> In die lijn had het Hof van Justitie EG wederom aansluiting kunnen zoeken bij artikel III-271 lid 2 Grondwet en de huidige pendant daarvan, artikel 69b lid 2 zoals opgenomen in het Verdrag van Lissabon.<sup>50</sup> In dat geval had het voorschrijven van de aard en de hoogte van de strafrechtelijke sancties onder de bevoegdheid van de Gemeenschap kunnen worden begrepen, mits een dergelijke specificatie noodzakelijk moet worden geacht met het oog op de handhaving van het Gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie EG had die keuze kunnen onderbouwen aan de hand van het in Europeesrechtelijk verband zwaarwegende gezichtspunt van de effectiviteit van het Gemeenschapsrecht. In lijn daarmee had het Hof van Justitie EG ook de mogelijkheid tot het voorschrijven van andersoortige strafrechtelijke maatregelen, zoals voorschriften met betrekking tot rechtsmacht, nader kunnen beoordelen in het licht van de noodzakelijkheid van dergelijke maatregelen. In plaats hiervan stelt het Hof van Justitie EG nu heel resoluut dat het voorschrijven van de aard en de hoogte van strafrechtelijke sancties buiten de bevoegdheid van de Gemeenschap valt, terwijl voorts geen nadere afbakening wordt gegeven van de 'maatregelen (...) die verband houden met het strafrecht van de lidstaten'. Naar het ons voorkomt, kunnen voor deze veranderde opstelling van het Hof van Justitie EG twee verklaringen worden gegeven.

Allereerst is het denkbaar dat het Hof van Justitie EG zich heeft laten overtuigen door de conclusie van A-G Mazák, die als belangrijkste argument tegen een extensieve uitleg van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein aanvoert dat het met alle verscheidenheid van strafrechtelijke stelsels in Europa eigenlijk niet goed mogelijk is om op

49 Vgl. onder andere Apps 2006, p. 631 ('a calculated attempt by the Court to flatten the pillar structure and introduce the institutional changes of the Constitution through the back door'), Borgers 2006a, p. 99, De Hert, Paepe & Griffioen 2006, p. 495, House of Lords 2006, p. 17, en Dawes & Lynskey 2008, p. 156-157.

50 *PbEU* 2007, C 306. Art. 69b lid 2 (te vinden in *PbEU* 2007, C 306/65) luidt: 'Indien onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, kunnen bij richtlijnen minimumvoorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied. Onverminderd artikel 61 I worden deze richtlijnen vastgesteld volgens de gewone of een bijzondere wetgevingsprocedure die gelijk is aan de procedure voor de vaststelling van de betrokken harmonisatiemaatregelen.' Zie nader over het Hervormingsverdrag A.T.J.M. Jacobs, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese Grondwet', *NJB* 2008, p. 320-329, C.J.C.F. Fijnaut, 'Een Copernicaanse Revolutie in de Europese Unie', *NJB* 2008, p. 335-336, en R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008.

centraal niveau in detail te beslissen wat de meest passende sanctie is. Nog afgezien van de verschillen die bestaan in de inkleding van het vervolgingsbeleid, moet hier vooral worden gedacht aan variaties in de aan de strafrechter toekomende mate van vrijheid in het bepalen van de strafmaat in het concrete geval<sup>51</sup> en ook aan de uiteenlopende wijzen van tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties, bijvoorbeeld waar het gaat om de modaliteiten van voorwaardelijke of vervroegde invrijheidsstelling. Op zich levert dit, in het licht van het subsidiariteitsbeginsel, een sterk argument op. Tegelijkertijd moet men vaststellen dat in de Derde Pijler de verscheidenheid van de strafrechtelijke stelsels van de lidstaten niet als beletsel wordt beschouwd voor een nadere specificatie van strafrechtelijke sancties en ook niet voor de vaststelling van andersoortige strafrechtelijke voorschriften. De lidstaten aanvaarden kennelijk dat de uitwerking van de Europese voorschriften in de nationale strafrechtssstelsels uiteenlopend kan zijn.<sup>52</sup>

Een tweede verklaring is politieke van aard. Ten tijde van het wijzen van de uitspraak van 13 september 2005 was het nog onzeker of de Grondwet voor Europa – in enigerlei vorm – in werking zou treden. Het Hof van Justitie EG heeft toentertijd kennelijk een actieve bijdrage aan de Europese integratie van het strafrecht willen leveren. Op het moment echter dat de uitspraak over het kaderbesluit scheepsverontreiniging werd gewezen, was het Verdrag van Lissabon inmiddels nagenoeg rond. Met dit verdrag wordt de pijlerstructuur zo goed als opgeheven, wordt het ‘Europese strafrecht’ op (vrijwel) communautaire leest geschoeid en wordt voorzien in een nieuwe en duidelijker afbakening van de bevoegdheden op strafrechtelijk terrein.<sup>53</sup> Men zou daarom kunnen veronderstellen dat het Hof van Justitie EG reeds om die reden heeft gekozen voor een *low profile*-uitwerking van de in de uitspraak van 13 september 2005 aanvaarde bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. Als die veronderstelling juist is, vinden wij dat geen onverstandige keuze. Een extensieve interpretatie van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein zou tot veel discussie hebben geleid, maar verder weinig praktisch nut hebben gehad. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, die wordt voorzien op 1 januari 2009, wordt de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein beheerst door de alsdan geldende bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (zijnde de rechtsopvolger van het EG-Verdrag) en heeft de uitspraak van 13 september 2005, evenals die van 23 oktober 2007, slechts nog rechtshistorische betekenis.

51 Vgl. ook Mok in zijn noot onder HvJ EG 23 oktober 2007, *NJ* 2008, 48, onder 2.

52 Waarmee niet gezegd is dat geen aandacht bestaat voor het nastreven van meer uniformiteit. Vgl. in dit verband Groenboek van de Europese Commissie over de onderlinge aanpassing, wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties in de Europese Unie van 30 april 2004, COM(2004) 334 def.

53 Vgl. R. Barents, ‘De Europese Grondwet is dood – leve de Europese Grondwet’, *NTER* 2007, p. 174-184, i.h.b. p. 181.

